Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

das frühere rechtskräftige Urtheil auf die ſpäter angeſtellte Klage ſich gar nicht beziehe. In dieſem Falle weiſet der Richter den Beklagten mit der Einrede, als proceßhindernd, ab, und trägt ihm, pure litem zu conteſtiren, auf. 2) oder die Einrede erſcheint als gegründet, aber der verſuchte Beweis des Beklagten iſt mißlungen, oder durch die völlig erwieſene Replik widerlegt, in dieſem Falle tritt Entſcheidung wie im erſten ein. Oder 3) die Einrede gehört zu den proceßhindernden, aber ſie iſt noch nicht bewieſen, oder es bedarf die darauf ſich beziehende Replik oder Duplik des Beweiſes; hier muß der Richter auf Beweis interloquiren. Oder 4) die Einrede iſt völlig gegründet und bewieſen, und nicht widerlegt, dann tritt völlige Abweiſung des Klägers mit ſeiner Klage ein.

Nicht zu läugnen iſt zwar, daß dieſe, den Geſetzen völlig gemäße, Verhandlung nicht ſelten zur Proceßverzögerung gemißbraucht werden kann, und oft doppelte Beweisperioden herbeiführt; allein iſt ein Richter thätig, welcher ſeine Pflicht als Proceßdirigent kennt, welcher ſogleich Anfangs keine Einrede, die nicht im geſetzlichen Sinne zu den proceßhindernden gehört, zuläßt. und die Verhandlungen immer nach dem wahren Geſichtspunkte leitet, ſo wird die Verzögerung doch ſelten vorkommen, und wenn ſie auch ſcheinbar da iſt, durch das Streben der Geſetzgebung, dem Beklagten, für welchen eine der oben geſchilderten Einreden ſpricht, die ſchnellſte Befreiung von der Einlaſſung in den Rechtsſtreit möglich zu machen, gerechtfertigt werden.

XXXII.

Auch einige Nothworte, als Vorworte, über die proceßverhindernden Einreden.

Von Gensler.

Gönner [1]) vernachläßigte die Geſchichte der von der Einlaſſung bedingt befreienden, den factiſchen Klaggrund in deſ-

1) In dem Handbuch u. ſ. w. B. 4. Abh. 78. Dem Reſultat nach ſtimmt mit ihm überein Grolmann, in der Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsſt. §. 245.

ſen ganzem Umfange zeſtörenden, Einreden, bezeichnete jedoch richtig deren Begriff im Sinne der teutſchen Reichsgeſetze. Eben ſo wahr bedingt er ſie mit voller Klarheit. Allein nur halbwahr ſtellte er ihren erforderlichen ſchleunigen Beweis unter die Regeln des Executivproceſſes. Ganz irrig ſind ſeine Regeln des Verfahrens und richterlichen Erkennens auf und über die liquide proceßverhindernde Einrede. Hier wirft er den Proceß auf den alten, weiſe verbotenen, Weg hinter den Reichsabſchied von 1654 zurück, und deshalb war es wohlgethan, daß er jenen Einreden eine Stelle in ſeinem Entwurfe eines Geſetzbuches u. ſ. w. nicht vergönnte. An ſich ſind ſie einer weiſen Geſetzgebung ſehr angemeſſen, ja ihr Verbannen iſt ein eben ſo großer Fehler, als ihre Erhebung zu einem zwitterartigen Executivproceß, mit einer Thüre in die ſchädlichſte Weitläufigkeit.

Goldſchmidt [2]) verwendete mehr gelehrte Sorgfalt auf die Geſchichte, erhob ſich aber dennoch nicht über Gönners grundfalſche Regeln des Verfahrens, und kommt ſo zu dem, weder weiter führenden, noch richtigen Reſultat: „in der Praxis ſey der Nutzen jener Einreden deshalb ſehr gering, weil man die Exceptionalabhandlung ohne Unterſchied ad replicandum mitzutheilen pflege. Letzteres mag als Regel wahr ſeyn; dennoch ändert dieſe Mittheilung nicht das mindeſte an dem Begriff, an der Procedur, und an der ſtarken Wirkung, der am Ende des erſten Verfahrens als in dieſem ſchleunig und erwieſen dem Richter ſich darſtellenden, von dem Beklagten der Einlaſſung zum Zweck deren Abwendung vorausgeſchickten, vollperemtoriſchen Einrede. Auch hier, wo der Richter über ſämmliche Streitpunkte des erſten Verfahrens auf Einmal abſprechen will, lebt und webt die, noch immer nicht ganz erfaßte, heilſame Eventualmaxime, und die liquide vollperemtoriſche Einrede vermag es allerdings, den weitern Fortſchritt des Proceſſes, den Ueberſchritt in das ordentliche Beweisverfahren und deſſen Beurtheilung, zu verhindern.

Gerſtending [3]) mag den Sinn des canoniſchen Ge-

---

2) Ueber Litiscontestation und Einreden, Aſch. I. und §. 3. ff. Abhandlungen aus d. deutſchen gem. Civilpr. nr. 11. S. 11. ff.

3) In den Irrthümern der Rechtsgelehrten, nr. V. S. 161 f. Meiner Ueberzeugung nach iſt die teutſche Geſetzgebung in dieſem Punkt wenigſtens eben ſo klug, und um manchen Grad klüger, als die päbſtliche, welche Gerſtending hierunter als der Vernunft ſo treu dargeſtellt, daß andres vernunftmäßig

ſetzes [4]) richtig erklärt haben; allein das im päbſtlichen Rechte beſtimmte Proceßverfahren hat durch die teutſchen Reichsgeſetze eine große Veränderung erlitten. Dieſe berückſichtiget er nicht, wohl aber vermehrt er durch eine unrichtige Erklärung des Reichsabſchiedes von 1654 die Irrthümer, die er zu verbannen ſtrebt.

Mittermaier gab uns jetzt [5]) eine, an Umfang und Treue mehr vollkommene, geſchichtliche Entwickelung der proceßablenkenden Einreden; er verkennt aber ebenfalls mit Gönner, Grolman, Goldſchmidt und Gerſtending den Sinn und den Willen des Reichsabſchiedes vom J. 1654.

Man überſiehet, daß dieſes neueſte Geſetz nur den Weg der Peremtorialien, d. h. das vorher gerichtsbräuchliche Verfahren über die der Einlaſſung auf die Klage als proceßhindernd vorangeſetzten peremtoriſchen Einreden, nicht aber dieſe ſelbſt nach dem ausgebildete Begriff, verwirft und abſchneidet, und, ſtatt jenes Verfahrens, für die Zukunft nur ein ſolches Platz greifen läßt, wie es den blos dilatoriſchen Einreden, mit Ausnahme der gerichtsablehnenden, eigen ſeyn ſoll; man verkennt, daß nach dem canoniſchen und ältern teutſchen Proceßrecht ein großer Unterſchied iſt zwiſchen der Litiscontestation [6]), und der Antwort auf die einzeln factiſchen Beſtandtheile der Klage [7]), und daß mit der Abrogation des articulirten Verfahrens [8]) die Begriffe beider ſich zwar näher verſchmolzen, ohne daß jedoch der geſchichtliche Werth ihres ehemaligen Sonderbegriffs aufgelößt wäre [9]).

---

nicht verordnet werden könne. Was iſt denn der Vernunft für ein Unterſchied, „ob der Beklagte durch eine liquide Quittung ſchleunig erweiſet: er habe das nämliche Darlehn dem Kläger ſchon vollbezahlt, welches dieſer jetzt gerichtlich von ihm fordert,“ oder „ob der Beklagte darthut: über jene Forderung habe er ſich mit dem Kläger vor erhobener Klage verglichen?“ Tilgte denn die transactio die geklagte Verbindlichkeit ſtärker, als jene solutio? Repliken laſſen ſich gegen jede Einrede denken, ſelbſt gegen die exc. rei judicatae.

4) Cap. 1 in 6to de litiscont. 2. 3.

5) Abhandlung XXX. dieſes Arch. S. 425 f.

6) Der Römiſchen gewiſſermaßen ähnlich.

7) S. z. B. Concept der Cammergerichtsordnung S. III. Tit. XV.

8) . . A. v. 1654. §. 34 mit 37.

9) Der ſächſiſche Ladungsproceß gibt hier einige Verſinnlichung. An die Stelle der Litisconteſtation iſt der Verſuch eines Vergleichs getreten. Greift der nicht Platz, ſo wiederholt der Kläger ſeine Klage, provocirt den Beklagten, ſich einzulaſſen.

Irrig, schreiend falsch, ist insonderheit alles, was man von einer Einlassung auf die einer proceßhindernden Einrede zum Grund gelegten Thatsache spricht, im grellen Widerspruch mit derselben Bedingung eines schleunigen Beweises. Hier gibt es für den proceßkundigen Kläger keine Zwangspflicht zur Einlassung auf die Einrede; der Advocat welcher in deren Feld sich verliert, verletzt schuldiger Weise die Treue gegen seinen Clienten [10]). Nur Anfechtungen der Qualität der Einrede und deren Liquidität gibt es hier, nur Erklärungen über Zulässigkeit, Aechtheit und Kraft des Beweismittels. Insoferne, aber auch nur insoweit, tritt die Natur des Executivproceſſes ein. Enger jedoch ist in dieser bestimmten summarischen Proceßart der Begriff des zulässigen Beweismittels. In dem Hülfsproceß sind schriftliche Documente absolut wesentlich; die proceßhindernde Einrede in dem ordentlichen Proceß aber läßt sich auch durch andere Urkunden [11]) und, wenn der Kläger unklug ist, durch dessen Geständniß in der Replik, als einer in dem Verfahren entstehenden Urkunde, schleunig beweisen, wohl auch blos ex jure, bezüglich auf die in der Klagschrift selbst enthaltenen, und also vom Kläger selbst liquid beurkundeten, Thatsachen.

Welcher Beklagte, im Vertrauen auf seine proceßhindernde Einrede, es wagen will, die eventuelle Einlassung auf die Facta der Klage zu unterlassen, den zwingt das Gesetz keineswegs; es drohet ihm keine Strafe auf den Fall, wenn er die Einlassung unterläßt, seine proceßhindernde Einrede aber für vollkräftig und klar befunden wird; sondern nur dann, wann die Rede nicht für kräftig, schleunig und klar bewiesen, vom Richter befunden wird, trifft ihn der nämliche Rechtantheil, als habe er die verworfene Einrede gar nicht vorgeschützt [12]).

---

10) Vergl. Heft III. dieses Arch. S. 346. Note ***. Es führt erst dieser Irrweg zu dem Princip; „das Geständniß der proceßhindernden Einrede gehöre zu den Mitteln, diese schleunig liquid zu machen.

11) S. Heft I. d. Arch. Abh. III. §. 3 und 5. S. 37. Note * und S. 39. Note *.

12) Das nämliche ist bei denjenigen blos dilatorischen Einreden der Fall, welche als gegründet und klar die Klage als untauglich darstellen und des Beklagten Entbindung von der Instanz zur Folge haben, z. B. obscuri libelli, illicitae cumulationis, non rite formati processus, so wie bei den sogenannten gemischten Einreden, welche die Klage, als noch zur Zeit unstatthaft, zurückwerfen. Vergl. Martin, in dem Lehrb. des t. b. Processes, §. 145. ed. 1817.

Ein Beweisinterlocut iſt hier ein grober Fehler des Richters; nur ein Productionsinterlocut iſt hier juriſtiſch denkbar [12]). Von jenem Geſichtspunkt aus gebietet das Geſetz, „auch der zur Verhinderung der Einlaſſung vorgeſchützten Einrede die Einlaſſung eventuell anzufügen, d. h. auf den denkbaren Fall der Verwerfung jener Einrede. So wie nach §. 40 des letzten Reichsabſchiedes das eventuell vollzogene nichts ſchadet, wenn das Vorgehende in volle Wirkung tritt, ſo iſt es auch unſchädlich, das Eventuelle hinwegzulaſſen, wenn man jene Wirkung des vorausgehenden ſicher berechnen konnte, und der Richter dieſes als rechtlich erkennt. Zweckloſe Verhandlungen will das Geſetz nicht.

Es iſt ein trauriger Anblick, in welche Confuſion und Irbegriffe Richter und Advocaten von der Doctrin über jene Gattung von Einreden, deren Begriff, Verfahren und Wirkung, geſetzt wurden, und wie man aus Mißverſtändniß des ſehr einfachen und weiſen Willens des Geſetzes Afterprincipien folgerte, die den Reichsabſchied von 1654 geradezu auf den Kopf ſtürzen, und uns den ſchlechteſten Proceß in die Gerichte, von da in die Lehrbücher [14]), und von dieſen wieder dorthin ſchreiben.

Dazu gehört inſonderheit der von ſo vielen geſtattete langſame Beweis der illiquiden Replik gegen eine ſchleunig und klar bewieſene proceßverhindernde Einrede, ſtatt daß in dieſem Fall des Daſeyns einer zwar erheblichen, jedoch mit ſchleuniger Klarheit nicht bewaffneten, ſpeciellen Replik kein anderes Erkenntniß, als Entbindung des Beklagten von der Inſtanz erfolgen kann, will man deſſen Vertheidigungsrecht nicht muthwillig und rechtswidrig beengen und alle Grundprincipien des teutſchen Proceſſes auf Einmal verhöhnen und verletzen [15]).

---

13) Z. B. „Der Käufer ſey die Urkunde anzuerkennen pflichtig" — die gebetene Beaugenſcheinigung ſey zu vollziehen."

14) Martin, a. a. O. iſt §. 145. auf dem richtigen Weg, wenn man die Worte: „nach Art des Executionsproceſſes," nur analog deutet, „gleichſam wie u. ſ. w." Allein §. 164. hat auch er von Gönner u. Grolman ſich irre leiten laſſen. Behüte uns der Himmel in Gnaden für ein Interlocut auf Beweis der illiquiden Replik vor der Einlaſſung, ſey dieſe eventuell vollzogen oder nicht! — Will man ſich hier einen Executivproceß denken, nun ſo bleibe man doch wenigſtens deſſen erſten Principien treu und ſich ſelbſt conſequent. In dieſer Proceßart iſt ein Erkenntniß auf Beweis der illiquiden Replik ebenfalls ein Anſtoß wider ſeine Grundbaſis — eine poſitive Richtigkeit.

15) S. Heft III. S. 345 f. mit Note * u. ** u. *** S. 346 f.

Damit der Streit nicht beendigt erſcheine, und damit nicht die Praxis zu Illegalitäten immer mehr ſich ſtreitlos authoriſirt glaube, muß ich mir das Urtheil erlauben, auch Mittermaiers gelehrte, an ſich ſehr verdienſtliche, Entwickelung iſt hauptſächtlich in dem Reſultat irrig, und führt, wie Gönners und Grolmans vorgezeichneter gefährlicher Irrweg, zu einem illegalen zweckwidrigen Verfahren. Widerſpruch führt zur Aufhellung der Wahrheit. An einem andern Orte verſuche ich, dieſe darzuſtellen.

XXXIII.

Iſt der florentiniſche Text der L. 3. §. 7. de adim. leg. 34. 4. oder der L. 10. pr. de reb. dubiis 34. 5. zu verändern?

Von

Eduard Gans aus Berlin.

So muß wohl, nach manchem fruchtloſen Verſuche, den Inhalt beider obigen Geſetze, ohne Abänderung des florentiniſchen Textes, mit einander zu vereinigen, die Frage geſtellt werden.

Theoretiſch wichtig und von practiſcher Bedeutung iſt es, „ob ein Legat, das zweien gleiches Namens ertheilt, dem Einen aber hinterher wiederum abgeſprochen wurde, ohne daß man weiß, welchem der beiden früher honorirten der Teſtator es habe entziehen wollen, dennoch, der Ungewißheit wegen, Beiden zufalle, oder keinem von Beiden.“ Nach dem Grundſatze: quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent [1]) und nach andern klaren Stellen ſteht es feſt, daß, wenn einem ein Legat ertheilt wird, mehrere aber darunter gemeint ſeyn können, es keinem von dieſen Mehreren zufallen ſoll [2]). Denn bei Vermächtniſſen kommt Alles auf den Willen des Teſtators und darauf an, daß die-

1) L. 7. §. 3. de R. I.

2) L. 2. de his quae pro non scriptis. L. 10. pr. de reb. dubiis.